



## Tilburg University

### Omgekeerde doorbraak, afgeleide schade en de positie van (minderheids)aandeelhouders

van der Sangen, G.J.H.

*Published in:*

Stichting & Vereniging: tijdschrift over belastingen, recht en management rond stichtingen en verenigingen

*Publication date:*

2002

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*

van der Sangen, G. J. H. (2002). Omgekeerde doorbraak, afgeleide schade en de positie van (minderheids)aandeelhouders. *Stichting & Vereniging: tijdschrift over belastingen, recht en management rond stichtingen en verenigingen*, 2002/6, 171-178.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Omgekeerde doorbraak, afgeleide schade en de positie van (minderheids-)aandeelhouders in besloten verhoudingen

Mr G.J.H. van der Sangen<sup>1</sup>

*Naar aanleiding van het vonnis van de rechtbank Den Haag inzake Van Geest Beheer bespreekt de schrijver de (on-)mogelijkheden dat gedupeerde aandeelhouders namens de vennootschap een vordering tot schadevergoeding instellen, indien het bestuur daartoe niet kan of wil overgaan. In dit verband besteedt hij ruime aandacht aan de rol die het enquêterecht hierbij kan c.q. moet spelen.*

## 1 Inleiding

In een reeks recente arresten heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de vraag of individuele aandeelhouders voor zichzelf buiten het bestuur van de vennootschap om ‘afgeleide’ schade kunnen vorderen, d.w.z. schade die ontstaan is door een waardevermindering van hun aandelen ten gevolge van het feit dat een derde jegens de vennootschap wanprestatie dan wel een onrechtmatige daad heeft gepleegd. Constante rechtspraak van de Hoge Raad in deze is dat van een dergelijk vorderingsrecht van individuele aandeelhouders geen sprake kan zijn.<sup>2</sup> Het ligt op de weg van het bestuur van de vennootschap de door de vennootschap geleden schade te vorderen. Indien de vennootschap deze schade van de derde vergoed krijgt, wordt de daarmee overeenstemmende schade van individuele aandeelhouders aan hun aandelen dien overeenkomstig geacht te zijn weggenomen. Deze meer materieelrechtelijke regel heeft ook processuele consequenties: het bestuur van de vennootschap is exclusief bevoegd namens de vennootschap de vordering tot schadevergoeding jegens de derde in te stellen. Een dergelijke rechtsovereenkomst kan niet door individuele aandeelhouders noch door een door de algemene vergadering aangewezen persoon worden ingesteld, tenzij er sprake is van een tegenstrijdig belang. Tot op heden kent het Nederlandse rechtspersonenrecht geen afgeleide actie of – poëtischer uitgedrukt – ‘derivative action’.<sup>3</sup> Met de afwijzing van een dergelijke actie wil de Hoge Raad voorkomen dat verschillende partijen ter zake van een en dezelfde schade

<sup>1</sup> Mr G.J.H. van der Sangen is universitair docent Ondernemingsrecht bij de vakgroep Privaatrecht van de Universiteit van Tilburg en verbonden aan het Center for Company Law aldaar. Hij is tevens redacteur van *Stichting & Vereniging* en rechter-plaatsvervanger bij de rechtbank 's-Hertogenbosch.

<sup>2</sup> Zie HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 288 m.nt. Ma. (Poot/ABP), HR 29 november 1996, *NJ* 1997, 178 (Cri-Cri), HR 12 december 1997, *NJ* 1998, 348 m.nt. Ma. (Ventaz), HR 2 mei 1997, *NJ* 1997, 662 m.nt. Ma. (Kip/Rabo), HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 699 m.nt. Ma. (Heino Krause) en HR 15 juni 2001, *NJ* 2001, 478 (Chipshol e.a./NV X. en L.). Zie ook Rb. Rotterdam 22 augustus 2002, *JOR* 2002/175 (Heprofor/Carl Prior c.s.).

<sup>3</sup> Zie hierover voor het Amerikaanse recht bijv. Chapter 1, § 7.01 e.v. ALI Principles of Corporate Governance, waarover zeer uitvoerig M.G. Kuipers, ‘Is toepassing van de Amerikaanse derivative suit in het Nederlandse recht zinvol?’, *WPNR* 6389 (2000), p. 99-103. Zie ook M.J. Kroeze, ‘Schade aan aandelen’, *WPNR* 6288 (1997), p. 720 en J. Sperling, ‘Derivative suits in Nederland?’, *De NV* 76, 3 maart 1998, p. 63 e.v.. Zie voor het Franse recht de *action sociale*, waarover Jeantin, *Droit de sociétés*, 3<sup>e</sup> druk, Parijs 1994, nrs. 271 e.v. en verder L. Timmerman, ‘Van afgeleide schade naar afgeleide actie’, in: *Conflicten rondom de rechtspersoon*, Deventer, Kluwer, 2000 p. 15-21. Zie bij de laatste ook een beschrijving van en literatuur over de Duitse *Aktionärsklage* en de *Gesellschafterklage*.

verschillende procedures voeren met alle processuele complicaties van dien.<sup>4</sup> Tevens zou een andere opvatting er toe leiden dat de betaalde schadevergoeding wordt verplaatst van het vermogen van de vennootschap naar het privé-vermogen van de procederende aandeelhouder(-s), hetgeen tot benadeling van crediteuren en andere aandeelhouders kan leiden, die juist belang hebben bij de instandhouding van het vermogen van de vennootschap.<sup>5</sup>

Op dit materiële en processuele uitgangspunt valt volgens de Hoge Raad slechts een uitzondering te maken, indien de aandeelhouder niet uitsluitend afgeleide schade doch tevens rechtstreekse schade heeft geleden, én de derde tevens jegens de aandeelhouder persoonlijk een specifieke zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden.<sup>6</sup> Van rechtstreekse schade is sprake indien de litigieuze gedragingen van de derde los van het vermogen van de vennootschap leiden tot een aantasting van het privé-vermogen van de aandeelhouder. Van dit laatste kan ook sprake zijn indien de schade aan de aandelen niet meer door tussenkomst van (het bestuur van) de vennootschap kan worden hersteld, en derhalve definitief ten laste komen van het privé-vermogen van de aandeelhouder.<sup>7</sup>

Desalniettemin kunnen er naar mijn mening omstandigheden bestaan die rechtvaardigen dat aan een of meer individuele aandeelhouders wel de bevoegdheid kan c.q. moet worden toegekend om namens de vennootschap de schadeveroorzakende derde uit wanprestatie of onrechtmatige daad aan te spreken. Dat is te meer het geval indien door het bestaan van een patstelling binnen de organen van de rechtspersoon, dan wel door het disfunctioneren van de organen van de rechtspersoon de schadeveroorzakende derde zijn aansprakelijkheid zou kunnen ontlopen, met als gevolg dat de aandeelhouders geen enkele vorm van redres vinden. Wel geldt als voorwaarde dat de positie van hen die belang hebben bij de instandhouding van het vermogen van de rechtspersoon – zoals crediteuren en andere aandeelhouders – niet wordt geschaad. Dit is evenwel in het algemeen niet het geval. Immers, hoewel de rechtsvordering tot schadevergoeding kan worden ingesteld door een of meer individuele aandeelhouders, is en blijft het vorderingsrecht behoren tot het vermogen van de rechtspersoon.<sup>8</sup>

Een eventuele erkenning van een afgeleide actie moet derhalve goed worden onderscheiden van de situatie waarin de aandeelhouder handelend voor zichzelf (*pro se*) rechtstreekse schade vordert van de derde, omdat de derde ook jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld en de derde jegens deze aandeelhouder een specifieke zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden. Een dergelijke actie is gestoeld op een zelfstandige onrechtmatige daad, van het type zoals dit ten grondslag lag aan het arrest van de Hoge Raad inzake Staat/Degens.<sup>9</sup> Voor de gelaedeerde aandeelhouder

<sup>4</sup> Aldus uitdrukkelijk in HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 288 (Poot/ABP) en HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 699 (Heino Krause). Zie voor een rubricering van de argumenten tegen het erkennen van een vordering ter zake van 'afgeleide schade' G.J.H. van der Sangen, 'Heino Krause (13 oktober 2000, *NJ* 2000, 699 nt. Ma)', in: J.B.M. Vranken en I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnenste buiten*, uitgave vanwege het Centrum van Aansprakelijkheidsrecht, Schoordijk Instituut, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2003.

<sup>5</sup> Aldus uitdrukkelijk in het arrest van de Hoge Raad inzake Poot/ABP en in Rb. Rotterdam 22 augustus 2002, *JOR* 2002/175 (Heprofor/Carl Prior c.s.).

<sup>6</sup> Zie de arresten van de Hoge Raad inzake Poot/ABP, Kip/Rabo, Heino Krause en Chipshol c.s./NV X. en L.

<sup>7</sup> Zoals in de arresten van de Hoge Raad inzake Kip/Rabo en Chipshol c.s./NV X. en L. het geval was.

<sup>8</sup> Zie in soortgelijke zin Sperling, *t.a.p.* p. 67.

<sup>9</sup> HR 3 mei 1946, *NJ* 1946, 323.

kan het onder omstandigheden evenwel gunstiger zijn om niet op grond van een zelfstandige onrechtmatige daad te ageren maar op grond van een afgeleide actie – er tentatief van uitgaand dat deze bestaat –, omdat de bewijslast dat er sprake is van een schending van een specifieke zorgvuldigheidsnorm, bij de aandeelhouder rust. Bovendien moet hij bewijzen dat er sprake is van andere dan afgeleide schade. Zowel het een als het ander blijkt in de praktijk geen gemakkelijke opgave gezien het arrest van de Hoge Raad inzake Heino Krause.

## **2 Een illustratieve casus: Van der Hout/Van Geest en Van Geest Beheer**

In deze zaak<sup>10</sup> ging het om het volgende: Van der Hout is de accountant van Van Geest alsmede van enige door Van Geest gecontroleerde vennootschappen. Op een gegeven moment besluiten Van der Hout en Van Geest ook anderszins samen te gaan werken, en wel ter zake van de exploitatie van onroerend goed. Daartoe richten zij een vennootschap op – Vastgoed BV – waarvan zowel Van der Hout als Van Geest 50%-aandeelhouder zijn en tevens bestuurder. Beiden zijn zelfstandig bevoegd om de vennootschap te vertegenwoordigen. Het belangrijkste activum van de vennootschap bestaat uit een bedrijfspand met bovenwoning. Dit bedrijfspand wordt vervolgens verhuurd aan een andere door Van Geest gecontroleerde vennootschap (GST BV), waarna deze vennootschap de bovenwoning ter beschikking stelt aan Van Geest in privé. Na onenigheid over de werkzaamheden van Van der Hout als accountant zijn de verhoudingen tussen Van der Hout en Van Geest verhard. Zonder medeweten van Van der Hout verkoopt en levert Van Geest het bedrijfspand met bovenwoning aan Van Geest Beheer BV (Beheer), een vennootschap waarvan Van Geest enig aandeelhouder en bestuurder is. Vast staat dat deze verkoop niet op zakelijke condities heeft plaatsgevonden. Door de te lage verkoopwaarde heeft Vastgoed schade geleden met als gevolg dat de waarde van de aandelen van Van der Hout dienovereenkomstig zijn gedaald. Tevens is de te lage koopsom niet aan Vastgoed betaald, maar aan GST die het bedrijfspand van Vastgoed huurde. Hierna is de helft van de koopsom teruggestort op een rekening van Vastgoed. Voor de andere helft is er namens Vastgoed een lening aan GST verstrekt. Daarbij heeft Van Geest wederom gebruik gemaakt van zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid om namens Vastgoed op te treden. Onder welke condities deze lening is afgesloten, wordt niet duidelijk uit het vonnis. Aangezien dit verder niet in de procedure aan de orde is, ga ik ervan uit dat dit op zakelijke gronden heeft plaatsgevonden. Vervolgens boekt Van der Hout op zijn beurt de in ontvangst genomen koopsom namens Vastgoed over op een eigen rekening en gaat hij namens Vastgoed een lening aan ter grootte van het overgeboekte bedrag.

Voor zover dat nu nog niet duidelijk is, is het dan met de ‘gebroederlijke’ samenwerking tussen Van der Hout en Van Geest allang gedaan.<sup>11</sup> Daarop vordert

<sup>10</sup> Zie Rb. Den Haag 12 juli 2000 en 14 februari 2001, *JOR* 2001/90 m.nt. M.J. Kroeze (Beheer).

<sup>11</sup> We kunnen hier spreken, zoals Raaijmakers doet, van een ‘quasi-vof’. Zie hierover M.J.G.C. Raaijmakers, ‘Over de rechtsbetrekking van aandeelhouders in een “Quasi-Vof”’, in: *In het nu, wat worden zal. Opstellen aangeboden aan prof.mr H.C.F. Schoordijk*, Kluwer, Deventer 1991, p. 203-221, en van dezelfde “‘Besloten’ vennootschappen: quasi-nv of quasi-vof? Enkele rechtsvergelijkende notities”, *Ars Aequi* 43 (1994) 5 p. 340 e.v. en Pitlo/Raaijmakers, § 1.58. Het concept van de zeer besloten en persoonsgebonden samenwerking in een BV als de incorporatie van persoonlijk ondernemerschap vindt zowel erkenning in meer recente rechtspraak (zie bijv. recentelijk in het kader van een uitkoopprocedure ex art. 2:201a BW Hof Amsterdam (OK) 2 mei 2002, *JOR* 2002/156 m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ars Aequi* 51 (2002) 12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (Fres-Co)), als ook in

Van der Hout voor zichzelf schadevergoeding van Beheer en van Van Geest in privé op grond van art. 6:162 BW, omdat door de verkoop van het bedrijfspand tegen een te lage waarde het vermogen van Vastgoed is aangetast met als gevolg dat de waarde van de aandelen van Van der Hout in Vastgoed dienovereenkomstig in waarde zijn gedaald. Van Geest daarentegen stelt dat er geen schade door Vastgoed is geleden, omdat in plaats van het verschil tussen de reële waarde van het bedrijfspand en de opbrengst een vordering tot schadevergoeding van Vastgoed op Beheer is gekomen met dezelfde omvang.<sup>12</sup>

Wat opvalt is dat Van der Hout ‘zijn’ schadevergoedingsactie van meet af aan heeft ingebed in het tot op heden nog niet als zodanig erkende leerstuk van de ‘omgekeerde doorbraak van aansprakelijkheid’. Op basis van de bestaande jurisprudentie, in het bijzonder de door de Hoge Raad geformuleerde regel in zijn arrest Poot/ABP, zou de actie van Van der Hout geen enkele kans van slagen hebben. Ook de uitzonderings situatie uit het arrest van de Hoge Raad inzake Kip/Rabo doet zich hier niet voor: van enige rechtstreekse schade aan de zijde van Van der Hout is geen enkele sprake. Daaromtrent is door Van der Hout dan ook niets gesteld. Omtrent een schending van een specifieke zorgvuldigheidsnorm die Beheer respectievelijk Van Geest jegens Van der Hout persoonlijk in acht hadden moeten nemen, is ook niets van de zijde van Van der Hout gesteld. Het tweede dat opvalt is dat Van der Hout niet heeft getracht namens Vastgoed de verkoop van het bedrijfspand ongedaan te maken. Het derde wat opvalt is dat Van der Hout ook niet namens de vennootschap jegens Van Geest in diens hoedanigheid van bestuurder van Vastgoed een actie instelt tot schadevergoeding op grond van een onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:9 BW.

Dit laatste zou in deze casus ook niet mogelijk zijn geweest. Algemeen wordt aangenomen dat voor het instellen van een actie jegens een bestuurder op grond van art. 2:9 BW een besluit van de algemene vergadering is vereist, hetgeen nu juist door de patstelling in de algemene vergadering van Vastgoed niet tot stand zal komen. Alleen door toepassing van het enquêterecht zou het disfunctioneren van de organen van Vastgoed kunnen worden weggenomen, zodat de noodzakelijke besluiten kunnen worden genomen voor het entameren van een actie ex art. 2:9 BW. Zie hierna onder punt 4. De vraag is vervolgens wat rechtens is, indien Van der Hout zonder dat er sprake is van een besluit (van het bestuur), namens Vastgoed een actie instelt op grond van art. 2:9 BW jegens Van Geest. Immers, ter zake van de actie van art. 2:9 BW moet de vennootschap vertegenwoordigd worden door het bestuur, tenzij er sprake is van een tegenstrijdig belang. Toepassing de tegenstrijdig belangregeling van art. 2:256 BW brengt ons in deze overigens niet verder, omdat er geen raad van commissarissen is en voor het overige er sprake is van een patstelling in de algemene vergadering. Tegen deze achtergrond past het Van der Hout daartoe gezien zijn vertegenwoordigingsbevoegd bevoegd te achten.<sup>13</sup>

---

toekomstige wetgeving, zoals de herziening van de structuurregeling. Zie hierover G.J.H. van der Sangen, ‘Een korte beschouwing over de positie van de joint venture en haar partners in de nieuwe structuurregeling’, *Stichting & Vereniging* 2002-3, p. 83-88.

<sup>12</sup> Terecht wijst Kroeze in zijn noot onder het vonnis in de *JOR* erop dat dit standpunt – dat door de rechtbank wordt overgenomen – zich niet verdraagt met de uitdrukkelijke overwegingen dienaangaande in het arrest van de Hoge Raad inzake Poot/ABP.

<sup>13</sup> In gelijke zin Timmerman, *a.w.* p. 22. Vgl. ook Pitlo/Raaijmakers § 1.142 en K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (3<sup>e</sup> druk), Carl Heymann Verlag, Köln 1997, p. 257 en 1072 die in dit verband spreken van ‘Notgeschäftsführung’.

### 3 Een sympathiek, doch onjuist vonnis?

Dat er op deze wijze van de zijde van Van der Hout wordt geprocedeerd, plaatst de rechtbank voor een dilemma: uitgaande van de regel van Poot/ABP kan een aandeelhouder voor zichzelf in privé *geen* – ook niet als hij 100%-aandeelhouder en tevens enig bestuurder van de vennootschap is – schadevergoeding vorderen ter zake van uitsluitend afgeleide schade. Een dergelijke schade komt niet voor vergoeding in aanmerking. Bovendien kan de onrechtmatigheid van de gedraging van de derde – in casu van Beheer respectievelijk Van Geest – niet zijn gelegen in uitsluitend de wanprestatie of onrechtmatige daad die Beheer respectievelijk Van Geest jegens Vastgoed hebben gepleegd. De rechtbank realiseert zich echter dat door zo te beslissen, Van der Hout gegeven de feiten en omstandigheden van dit geval, geen enkele vorm van redres heeft, zodat de schade van Vastgoed en daarmee ook de afgeleide schade van Van der Hout niet wordt weggenomen. In feite zou toepassing van de regel van het arrest inzake Poot/ABP er toe leiden dat Beheer en Van Geest zich achter de rechtspersoonlijkheid van Vastgoed zouden kunnen verschuilen, en daarmee misbruik maken van de mede door toedoen van Van Geest binnen de vennootschap ontstane ‘gekwalficeerde impasse’<sup>14</sup> in de besluitvorming.

Nu steunt de regel uit Poot/ABP – geen erkenning van een vordering ter zake van uitsluitend afgeleide schade – in belangrijke mate op het feit dat de BV een rechtspersoon is met eigen rechten en plichten. Veel is geschreven over de voordelen van rechtspersoonlijkheid.<sup>15</sup> Het gebruik van de rechtspersoon brengt echter ook verplichtingen met zich voor hen die zich ervan bedienen. Zo moeten de aandeelhouders in beginsel dulden dat het vorderen van schadevergoeding door tussenkomst van het bestuur van de rechtspersoon plaatsvindt. Daar staat echter mijns inziens tegenover dat het gebruik van rechtspersoonlijkheid er niet toe mag leiden dat de schadeveroorzakende derde zijn verplichting tot schadevergoeding kan ontlopen, en zich achter de rechtspersoonlijkheid kan verschuilen: immers, rechtspersoonlijkheid is niet bedoeld om derden die buiten de organisatierechtelijke rechtsbetrekking staan en ook geen (potentiële) crediteur van de vennootschap zijn, te beschermen ten nadele van (minderheids-)aandeelhouders.<sup>16</sup> Onder bijzondere omstandigheden is het wegdenken van de rechtspersoonlijkheid – vereenzelviging – dan juist de aangewezen weg, zij het dat de Hoge Raad hiervan als regel niet, doch uiterst zeldzaam gebruik maakt.<sup>17</sup> Een andere techniek om hetzelfde resultaat te bereiken is doorbraak van aansprakelijkheid, hetgeen wel algemeen aanvaard is.<sup>18</sup> Een derde techniek is die waarbij de rechtspersoonlijkheid in tact wordt gelaten, maar de rechtspersoon in en buiten rechte wordt vertegenwoordigd door de benadeelde aandeelhouder of een min of meer onafhankelijke derde.<sup>19</sup>

Tegen deze achtergrond beslist de rechtbank als volgt:

<sup>14</sup> Zoals bijvoorbeeld het geval was in HR 9 juli 1990, *NJ* 1991, 51 (Sluis).

<sup>15</sup> Zie recentelijk naar aanleiding van HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 698 (Rainbow).

<sup>16</sup> Zie hierover tevens mijn bijdrage in J.B.M. Vranken en I. Giesen (red.), *a.w.* in noot 4.

<sup>17</sup> Zie bijv. HR 9 juni 1995, *NJ* 1996, 213 (Citco/Krijger).

<sup>18</sup> Zie recentelijk HR 21 december 2001, *JOR* 2002/38 (SOBI/Hurks II), waarover J.J.A. Hamers, ‘Recente ontwikkelingen in het ondernemingsrecht’, *Stichting & Vereniging* 2002-3, p. 65-72.

<sup>19</sup> Voorbeelden van een dergelijke ‘dwangvertegenwoordiging’ vinden we in het arrest van de Hoge Raad inzake Sluis. Een wettelijke vorm is te vinden in de tegenstrijdig belangregeling van art. 2:146/256 BW. Zie hierover HR 11 september 1998, *NJ* 1999, 171 (Mediasafe II) en HR 3 mei 2002, *JOR*, 2002/111 (Da Costa Gomez-Brandao/Joral Management).

*' (...) Aan de orde is of deze schade door Van der Hout kan worden gevorderd, gelet op het feit dat deze als "afgeleide schade" moet worden aangemerkt.*

*Voor wat betreft de vraag of Van der Hout, als benadeelde aandeelhouder, vergoeding kan vorderen van de schade die hij lijdt tengevolge van de waardedaling van zijn aandelen, zal de patstelling tussen hem en Van Geest in de AVA van Vastgoed ertoe leiden dat het verhaal van de schade door **Vastgoed** zo niet onmogelijk, dan toch in ieder geval bijzonder gecompliceerd zal zijn. Mede gelet op de door Van Geest gestelde reden voor de overdracht van het pand, zou het onverkort volgen van de door de Hoge Raad in het arrest Poot/ABP uitgezette lijn derhalve tot de onaanvaardbare consequentie leiden dat de betreffende schade, die op zich voor vergoeding aan Vastgoed in aanmerking zou moeten komen, in feite door haar niet zou kunnen worden verhaald, met alle gevolgen van dien voor de waarde van de aandelen Vastgoed. Van Geest zou dan gebruik (kunnen) maken van de bedoelde patstelling en aldus niet alleen jegens Vastgoed tekort schieten, doch ook jegens zijn mededirecteur en aandeelhouder misbruik maken van een daaraan ontleende (machts)positie.*

*Dit voert tot de conclusie dat Van der Hout in dit bijzondere geval wel gerechtigd is om op te treden tot eiser tot schadevergoeding jegens Van Geest c.q. Beheer in verband met het onttrekken van genoemd pand aan Vastgoed voor een te lage prijs. (...) Voldoende lijkt dat Van der Hout in staat wordt gesteld in rechte te bereiken dat Van Geest c.q. Beheer (alsnog) jegens Vastgoed voldoet aan de vordering wegens onttrekking.'*

Daarop wordt Van der Hout door de rechtbank in de gelegenheid gesteld zijn (sic!) vordering (subsidiair) aldus aan te passen. De rechtbank houdt het vonnis aan en verwijst de zaak naar de rol.

#### **4 Een sympathiek vonnis, dat zeker...**

Het vonnis van de rechtbank verdient onze sympathie. Niet alleen vanwege het feit dat zij oog heeft gehad voor de gevolgen van een consequente toepassing van de regel van Poot/ABP dat een aandeelhouder geen vordering ter zake van afgeleide schade jegens een wanpresterende of onrechtmatige handelende wederpartij van de vennootschap kan instellen, maar ook en vooral vanwege het feit dat de rechtbank blijkbaar niet veel heil heeft gezien in de mogelijke alternatieven die de Hoge Raad ons in het arrest Poot/ABP voor heeft gehouden. Daar werd immers overwogen dat het rechtspersonenrecht voldoende waarborgen biedt dat een aandeelhouder van een kapitaalvennootschap (of lid van een coöperatie) het bestuur kan dwingen tot het instellen van een vordering jegens de wederpartij tot vergoeding van de door haar geleden schade.<sup>20</sup> Met name de stelligheid waarmee de Hoge Raad dit uitgangspunt hanteert, leidt er toe dat de Hoge Raad volledig wenst te abstraheren van de bijzondere relatie die een aandeelhouder of lid tot de rechtspersoon kan hebben. In het bijzonder de positie van minderheidsgroeperingen - ook indien het een grote minderheid betreft - is in dit opzicht niet bepaald rooskleurig:

a. een vordering tot ontslag gevolgd door een benoeming van een nieuwe welwillende bestuurder is niet mogelijk in geval van een blokkerende meerderheid. In een structuurvennootschap is deze mogelijkheid nu en in de toekomst als regel uitgesloten.

<sup>20</sup> Een soortgelijke overweging is ook te vinden in het arrest van de Hoge Raad inzake Heino Krause. Feitelijk waren deze mogelijkheden in die procedure niet aanwezig, hetgeen echter voor de Hoge Raad geen aanleiding was tot een uitzondering op de regel van Poot/ABP. Zie voor kritiek hierop G.J.H. van der Sangen, 'Omgekeerde doorbraak bij coöperaties en de (processuele) positie van haar leden', *Stichting & Vereniging* 2001-2 p. 34-39 en mijn bijdrage in Vranken/Giesen (red.), *a.w.* in noot 4.

- b. wat er ook zij van de mogelijkheid het bestuur te ontslaan (denk ook aan de daaraan verbonden kosten in verband met art. 7:681 BW), dat doet geen afbreuk aan het uitgangspunt van de bestuursautonomie: een redelijk handelend bestuur verdient een bepaalde beleidsruimte bij haar beslissing om geen actie in te stellen jegens de schadeveroorzakende derde, bijvoorbeeld omdat een kosten/batenanalyse het bestuur tot de conclusie heeft gebracht dat niet procederen voordeliger is, of omdat er sprake is van een duurovereenkomst met de wederpartij waaraan de vennootschap zich niet kan of wil onttrekken. Los daarvan kan de algemene vergadering geen bindende instructies geven aan het bestuur om wel een vordering jegens de wederpartij in te stellen. Zij zal dan gebruik moeten maken van haar instructiemacht.<sup>21</sup> Zie onder a.
- c. ook de mogelijkheid tot aantasting van besluiten waartoe elke aandeelhouder die een redelijk belang heeft over kan gaan, biedt geen oplossing om de eenvoudige reden dat het niet nemen van actie (geen besluit van de algemene vergadering c.q. het bestuur doordat er geen meerderheid is of doordat er een patstelling is) geen *besluit* oplevert. Bovendien leidt de aantasting van een besluit niet tot een ander positief besluit. De rechter is in dit opzicht zeer terughoudend.<sup>22</sup>
- d. het bestaan van een blokkerende meerderheid c.q. een patstelling in de algemene vergadering verhindert tevens dat – voorzover de beslissing van het bestuur om geen actie te ondernemen jegens de schadeveroorzakende wederpartij niet op redelijke gronden is genomen –, jegens de *bestuurders* een actie op grond van art. 2:9 BW wegens een onbehoorlijke taakvervulling kan worden ingesteld. Zie hiervoor onder punt 2. Een eerder genomen dechargebesluit is in dit verband eveneens een complicerende factor.<sup>23</sup>

Uiteindelijk rest de benadeelde aandeelhouder in dit soort gevallen van disfunctionerende organen van de rechtspersoon door misbruik van meerderheids- dan wel minderheidsmacht door de benodigde besluitvorming te blokkeren, uitsluitend het recht van enquête en de wettelijke geschillenregeling. Uitkoop is evenwel geen optie. Afgezien van art. 2:343 BW kennen we naar huidig Nederlands recht geen algemeen recht om uitgekocht te worden. Wat de geschillenregeling betreft, kan ik betrekkelijk kort zijn. Uiteindelijk leidt deze voorziening weliswaar tot een definitieve exit van een van de aandeelhouders, maar met deze procedure is in de praktijk zo veel tijd gemoeid dat zij voor het onderhavige probleem – het verhalen van een door een derde jegens de vennootschap veroorzaakte schade – geen oplossing biedt. Een ruziesplitsing in de zin van art. 2:334cc BW zou overigens in dit geval een oplossing kunnen zijn, zij het dat deze gezien de machtsverhoudingen binnen Vastgoed dient te berusten op unanimititeit. Ook hier rest dan als ultimum remedium de ontbinding van de vennootschap, uit te spreken als eindvoorziening in een enquêteprocedure.

De waarborgen van het rechtspersonenrecht waarvan de Hoge Raad in het arrest Poot/ABP hoog opgeeft, vinden we derhalve in dit soort gevallen van besloten verhoudingen in het bijzonder in de wijze waarop de Ondernemingskamer gebruik maakt van haar bevoegdheden tot het treffen van al dan niet voorlopige

---

<sup>21</sup> Zie over *instructierecht* versus *instructiemacht* J.J.A. Hamers, *t.a.p.* p. 68 en 69 naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad inzake SOBI/Hurks II.

<sup>22</sup> Een positieve uitzondering is Hof Arnhem 26 mei 1992, *NJ* 1993, 182 (Uniwet). Timmerman heeft gepleit voor een mogelijkheid dat de rechter een gewenst besluit positief vaststelt, bijv. door een dergelijke regeling in Boek 2 BW op te nemen in art. 2:8a BW. Zie L. Timmerman, 'Dient de rechter voor een rechtspersoon besluiten te kunnen vaststellen', in: *Knelpunten in de vennootschapswetgeving*, IVO deel 24, Kluwer, Deventer 1995 p. 23-34.

<sup>23</sup> Zie Timmerman, *t.a.p.* (noot 3) p. 22.



voorzieningen. Dan rijst ook hier de vraag of deze waarborgen voldoende zijn, maar tevens de vraag of het bewandelen van deze weg processueel efficiënt is: voor deze casus zou het eindresultaat moeten zijn dat alsnog namens de vennootschap een actie jegens Van Geest en Beheer kan worden ingesteld. Naar mijn mening zijn de waarborgen van het rechtspersonenrecht in dit soort situaties zo al niet onvoldoende, dan toch in elk geval processueel zeer omslachtig. Ik noem de volgende knelpunten:

- aan de eisen voor ontvankelijkheid voor een enquêteprocedure wordt door de Hoge Raad doorgaans strikt de hand gehouden. Dat geldt niet alleen voor het getalscriterium en voor de vraag wie bevoegd zijn een enquête te verzoeken,<sup>24</sup> maar ook voor het subsidiariteitsbeginsel: een verzoeker is pas ontvankelijk in zijn verzoek indien hij het bestuur van zijn bezwaren tegen het gevoerde beleid op de hoogte heeft gesteld, en het bestuur een redelijk termijn is gegund doeltreffende maatregelen te nemen. Hiervan wijkt de Ondernemingskamer alleen af in evidente gevallen waarbij de tussenkomst van het bestuur niet meer zinvol kan worden geacht.<sup>25</sup> Toepassing van deze regel zou in de onderhavige procedure gezien de patstelling in het bestuur van Vastgoed uitsluitend vertragend werken en inhoudelijk geen bijdrage leveren tot de oplossing van het conflict.

- van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen is volgens constante jurisprudentie van de Ondernemingskamer onder andere sprake indien er een impasse bestaat in de besluitvorming van de organen van de rechtspersoon die dusdanig is dat gevreesd moet worden voor de continuïteit en het adequaat functioneren van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming. De enkele ruzie tussen ‘dissenting’ aandeelhouders is echter onvoldoende reden tot het houden van een enquête.<sup>26</sup> Een gekwalificeerde impasse zoals hierboven aan de orde, leidt als regel wel tot gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen.<sup>27</sup> Dit is van belang, omdat daarmee tevens de mogelijkheid bestaat onmiddellijk (voorlopige) voorzieningen te treffen die het conflict voor de duur van het geding beheersbaar kunnen maken. Volgens rechtspraak is de Ondernemingskamer bij het treffen van deze voorlopige voorzieningen niet gebonden aan de limitatieve opsomming van de eindvoorzieningen in art. 2:356 BW,<sup>28</sup> terwijl de voorziening weliswaar voorlopig van aard dient te zijn, maar desalniettemin tot onomkeerbare gevolgen en daarmee tevens tot een wijziging van de zeggenschapsverhoudingen in de algemene vergadering kan leiden.<sup>29</sup> Een verbod tot het uitoefenen van stemrecht in de algemene vergadering van Vastgoed door Van Geest en zijn schorsing als bestuurder behoort daarmee zeker tot de mogelijkheden. Let wel, van enig wanbeleid<sup>30</sup> hoeft dan nog niet te zijn gebleken, net zo min als er een verplichting bestaat voor de oorspronkelijke verzoekers de tweede fase van een enquêteprocedure te starten. In dit opzicht wordt wel gezegd dat de Ondernemingskamer fungeert als kort geding rechter in ondernemingsrechtelijke geschillen.<sup>31</sup>

<sup>24</sup> Zie HR 19 mei 1999, *JOR* 1999/171 (Blok/De Haan) en HR 1 februari 2002, *RvdW* 2002, 35 (De Vries Robbé).

<sup>25</sup> Zie Hof Amsterdam (OK) 25 februari 2000, *JOR* 2000/75 (MCEG).

<sup>26</sup> Zie Hof Amsterdam (OK) 20 april 1989, *NJ* 1991, 205, *Ars Aequi* 1989, 850 m.nt. Raaijmakers (Best Golf & Country).

<sup>27</sup> Zie HR 9 juli 1990, *NJ* 1991, 51 (Sluis).

<sup>28</sup> Hof Amsterdam (OK) 16 juni 1994, *NJ* 1995, 455 (Becom).

<sup>29</sup> Zie HR 19 oktober 2001, *RvdW* 2002, 164 (Skygate).

<sup>30</sup> Van ‘wanbeleid’ in de zin van het enquêterecht is sprake indien er door een of meer (personen van binnen de) organen van de vennootschap in strijd is gehandeld met de elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap. Zie HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 465/466 (OGEM).

<sup>31</sup> Zie over samenloop van een enquêteprocedure en kort geding Pitlo/Raaijmakers §§ 10.07 t/m 10.09.

Zoals gezegd vraag ik mij echter af of de enquêteprocedure in dit geval een geschikt en noodzakelijk middel is om het beoogde resultaat te bereiken: het instellen van de schadevergoedingsactie namens Vastgoed jegens Beheer en Van Geest privé. Immers, de eindvoorzieningen kunnen pas worden toegewezen indien daarom is verzocht door de oorspronkelijke verzoekers en er na het verslag van de rapporteurs door de Ondernemingskamer wanbeleid is geconstateerd. Het hoeft geen betoog dat dit een vertragende factor is: de mogelijkheid tot het vaststellen van wanbeleid zonder onderzoek is echter volgens de Hoge Raad niet mogelijk.<sup>32</sup> Men dient goed te zien dat de eindvoorzieningen van art. 2:356 BW een limitatieve opsomming betreffen die zien op het herstellen van het goed functioneren van de organen van de rechtspersoon.<sup>33</sup> Een andere doelstelling van een enquêteprocedure kan zijn gelegen in het verzamelen van informatie mede met het oog op het vaststellen van eventuele aansprakelijkheid.<sup>34</sup> Een getroffen voorziening in enquête is echter niet in staat wijziging te brengen in reeds bestaande rechtsverhoudingen van de rechtspersoon tot derden, zoals de koopovereenkomst tussen Vastgoed en Beheer.<sup>35</sup> Wel kunnen de voorzieningen erop gericht zijn intern datgene te doen wat nodig is om besluitvorming ter zake mogelijk te maken dan wel te vernietigen. In deze casus zou een adequate voorziening zijn geweest de overdracht van de aandelen van Van Geest in Vastgoed aan een derde ten titel van beheer, teneinde in de algemene vergadering van Vastgoed besluitvorming ter zake van een schadevergoedingsactie op grond van art. 2:9 BW mogelijk te maken, waar deze thans door de patstelling niet mogelijk is. Deze voorziening zou ook adequaat zijn geweest, indien de statuten van Vastgoed zouden hebben bepaald dat voor het in rechte optreden van de rechtspersoon een voorafgaand besluit van de algemene vergadering is vereist.

De crux van deze casus bestaat echter hierin dat voor het aansprakelijk stellen van Beheer en Van der Geest in privé voor de door hen veroorzaakte schade bij Vastgoed in het geheel geen enquêteprocedure noodzakelijk is. Met Kroeze<sup>36</sup> vraag ik mij af waarom Van der Hout niet van zijn kant gebruik heeft gemaakt van zijn zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid, teneinde Beheer en Van Geest als degene die doorslaggevende zeggenschap in Beheer heeft, aan te spreken tot schadevergoeding. Van enig tegenstrijdig belang aan de zijde van Van der Hout is, voor zover dit uit geding blijkt, geen enkele sprake. Zou de samenwerking tussen Van der Hout en Van Geest zijn vormgegeven in een overeenkomst van vennootschap onder firma, dan zou dit alles overigens niet anders zijn geweest: de aanwezigheid van een afgescheiden vermogen van de vennootschap onder firma brengt met zich dat zowel tijdens<sup>37</sup> als na ontbinding<sup>38</sup> een vennoot uitsluitend namens de firma een derde tot vergoeding van de door deze laatste aan de vennootschap veroorzaakte schade kan aanspreken.

<sup>32</sup> Zie uitdrukkelijk HR 27 september 2000, *JOR* 2000, 217 (Gucci).

<sup>33</sup> Zie het arrest van de Hoge Raad inzake OGEM (noot 30).

<sup>34</sup> Zoals onder andere het geval was in Hof Amsterdam (OK) 7 december 1989, *NJ* 1990, 242 (Bredero) en in de arresten van de Hoge Raad inzake OGEM (noot 30) en Textlite (HR 4 juni 1997, *NJ* 1997, 671 m.nt. Ma.). Zie over dit alles G. van Solinge, 'Tussen wanbeleid en aansprakelijkheid', in: *Drie Nijmeegse redes. Beschouwingen over financiering, enquête en privatisering*, uitgave vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 59, Kluwer, Deventer 1998, p. 37-63.

<sup>35</sup> Enigszins anders A.F.J.A. Leijten, 'De positie van de derde in het enquêterecht', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2001-2002*, uitgave vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 68, Kluwer, Deventer 2002, p. 71-75.

<sup>36</sup> Noot onder het vonnis in *JOR*.

<sup>37</sup> HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 301 (Van den Broeke/Van der Linden).

<sup>38</sup> HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 604 (Cento).

Het afsteken van de route langs de enquête-rechter door de rechtbank verdient derhalve onze sympathie. Saillant detail in deze procedure is dat Van der Hout naast de bodemprocedure bij de rechtbank tevens een verzoek tot enquête heeft ingediend bij de Ondernemingskamer met als doel de transactie van Vastgoed met Beheer ter zake van de overdracht van het bedrijfspand terug te draaien. Afgezien van het feit dat een enquêteprocedure ziet op het functioneren van *organen* binnen de rechtspersoon en als zodanig geen wijziging kan brengen in reeds bestaande rechtsverhoudingen van de vennootschap tot derden, is de Ondernemingskamer van mening dat Van der Hout geen belang heeft bij een onderzoek, omdat hij inmiddels een actie tot schadevergoeding heeft ingesteld, hetgeen haaks staat op hetgeen hij met een enquêteonderzoek had willen bereiken.<sup>39</sup> Bovendien had Van der Hout ook voor dit doel geen voorziening van de Ondernemingskamer nodig gehad. Dit brengt mij bij het volgende punt.

## 5 ...maar wel onjuist!

Hoe sympathiek de uitspraak van de rechtbank ook is, zij is onjuist. In de eerste plaats vermag ik niet in te zien hoe het mogelijk is dat een vordering tot schadevergoeding door Van der Hout in privé ingesteld door een aanvulling van 'zijn' vordering in deze procedure vervolgens kan veranderen in een vordering van Vastgoed jegens Beheer en Van Geest in privé, waarbij Vastgoed vertegenwoordigd wordt door Van der Hout. Het probleem zit hem dan niet in de vertegenwoordigingsbevoegdheid van Van der Hout om voor Vastgoed in een procedure te kunnen optreden, maar meer in het procesrechtelijke probleem of tijdens het aanhangige geschil de identiteit van de eisende partij kan worden gewijzigd. Immers, Vastgoed was in de onderhavige procedure van meet af aan géén partij. De rechtbank had de vordering van Van der Hout op grond van de hoofdregel uit het arrest van de Hoge Raad inzake Poot/ABP moeten afwijzen c.q. Van der Hout niet ontvankelijk moeten verklaren, indien hij *pro se* als eisende partij optrad, terwijl hij inhoudelijk een vordering van Vastgoed geldend wenste te maken. Bovendien is er naar huidig recht geen enkele rechtsgrond voor de door de rechtbank geïntroduceerde 'afgeleide actie'. Met Kroeze ben ik van mening dat een enkel beroep op de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW daartoe onvoldoende is.<sup>40</sup> Alleen al om academische redenen zou hoger beroep en/of (sprong)cassatie zeer gewenst zijn.

Wijsheid achteraf? Van der Hout had er goed aan gedaan primair namens Vastgoed een beroep te doen op de ongeldigheid van de door Van Geest in zijn hoedanigheid van bestuurder van Vastgoed met Beheer gesloten koopovereenkomst. De grondslag voor de ongeldigheid van deze overeenkomst is gelegen in de omstandigheid dat Van Geest niet vertegenwoordigingsbevoegd is om Vastgoed te vertegenwoordigen indien er sprake is van een direct of indirect tegenstrijdig belang. Wie vervolgens wel vertegenwoordigingsbevoegd is, is in casu minder relevant. Zie de regeling van art. 2:146/256 BW. Van belang is dat Van Geest in elk geval *niet* vertegenwoordigingsbevoegd was ten aanzien van de verkoop van het bedrijfspand

<sup>39</sup> Hof Amsterdam (OK) 30 december 1999, n.g. maar te kennen uit Rb. Den Haag 12 juli 2000 en 14 februari 2001, *JOR* 2001/90 m.nt. M.J. Kroeze (Beheer).

<sup>40</sup> Noot onder het vonnis van de rechtbank in *JOR*.

aan Beheer.<sup>41</sup> Bij twijfel hierover had hij in elk geval de algemene vergadering daaromtrent vooraf behoren in te lichten, teneinde deze in staat te stellen een vertegenwoordiger aan te wijzen.<sup>42</sup> Het ontbreken van vertegenwoordigingsbevoegdheid bij Van Geest door de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang heeft externe werking indien de wederpartij op de hoogte was c.q. behoorde te zijn van het tegenstrijdig belang.<sup>43</sup> In een situatie als de onderhavige, waarbij Van Geest niet alleen de handelende bestuurder is aan de zijde van Vastgoed, maar tevens enig aandeelhouder en bestuurder aan de zijde van Beheer, mag van deze wetenschap bij Beheer gevoeglijk worden uitgegaan. Wel geldt dat op deze onbevoegdheid uitsluitend door Vastgoed een beroep kan worden gedaan. In deze ware aan te nemen dat Van der Hout daartoe namens Vastgoed bevoegd is, ook al ligt er aan het beroep op de ongebondenheid door Vastgoed geen bestuursbesluit ten grondslag. Een andere opvatting zou er gezien de patstelling immers toe leiden dat Vastgoed wel gebonden zou zijn aan de overeenkomst.

Ook langs andere weg zou Vastgoed niet gebonden zijn aan de door Van Geest namens Vastgoed gesloten overeenkomst met Beheer, indien uit de statuten van Vastgoed zou blijken dat voor de aan- en verkoop van registergoederen een voorafgaand besluit zou zijn vereist van de algemene vergadering of het bestuur. Men zou zelfs kunnen stellen dat de verkoop van het bedrijfspand feitelijk neerkomt op een ontbinding van de ‘samenwerking’ in Vastgoed BV. Op grond van art. 2:19 lid 1 BW zou daarvoor een besluit nodig zijn van de algemene vergadering.<sup>44</sup> Weliswaar heeft het ontbreken van een dergelijk (intern) besluit geen externe werking in de zin van art. 2:240 lid 3 BW en tast het de vertegenwoordigingsbevoegdheid van Van Geest als zodanig niet aan, maar onder omstandigheden kan het van de zijde van Beheer in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid om Vastgoed aan de litigieuze overeenkomsten te houden, indien Beheer weet dat Van Geest in zijn hoedanigheid van bestuurder van Vastgoed door het aangaan van de transactie een interne regel overtreedt. De analogie met (de bijzondere omstandigheden uit) het arrest van de Hoge Raad inzake Bibolini is wel zeer treffend.<sup>45</sup>

Zowel het een als het ander moet er toe leiden dat door Vastgoed onverschuldigd is betaald – dat wil zeggen geleverd – en er op Beheer de (obligatoire) verplichting rust tot retro-overdracht van het bedrijfspand. Bij weigering van Beheer kan desgewenst op de voet van art. 3:300 BW het vonnis executoriale kracht worden toegekend en in plaats treden van een notariële akte van overdracht.

## 6 Afsluitende observaties

---

<sup>41</sup> Uit het in de *JOR* gepubliceerde vonnis blijkt niet van een andersluidende statutaire regeling, zoals bijvoorbeeld de regeling dat het bestuur tot vertegenwoordiging bevoegd blijft ondanks de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang.

<sup>42</sup> Zie HR 3 mei 2002, *JOR* 2002, 111 (Da Costa Gomez-Brandao/Joral Management).

<sup>43</sup> Zie HR 11 september 1998, *NJ* 1999, 171 m.nt. Ma. (Mediasafe II).

<sup>44</sup> De verkoop van (nagenoeg) alle activa van de vennootschap is hoe dan ook een kernbesluit dat de structuur en inrichting van de vennootschap wijzigt. Een besluit van de algemene vergadering is dan vereist. Zie in dit verband HR 13 december 1991, *NJ* 1992, 279 (UVO-Lopik) en Pitlo/Raaijmakers §§ 9.13 en 9.15.

<sup>45</sup> Zie in het bijzonder de noot van Maeijer onder het arrest HR 17 december 1982, *NJ* 1983, 480 (Bibolini).

Ter zake van door aandeelhouders en leden geleden schade doordat een derde schade toebrengt aan de rechtspersoon, dienen een drietal situaties te worden onderscheiden. Er kan sprake zijn van een zelfstandige onrechtmatige daad van de derde jegens de aandeelhouder (of het lid) van een rechtspersoon, waarbij de schade wordt veroorzaakt los van het vermogen van de rechtspersoon. Indien dezelfde gedraging ook onrechtmatig is jegens de rechtspersoon dan wel wanprestatie oplevert, dan is er sprake van een zuivere vorm van *samenloop*. Buiten deze gevallen bestaat er in beginsel geen vordering tot schadevergoeding ter zake van uitsluitend ‘afgeleide schade’. Dit is slechts anders indien de schade definitieve schade is geworden, dat wil zeggen schade die niet meer door tussenkomst van de vennootschap kan worden verhaald. Wel moet worden bewezen dat de derde ook jegens de aandeelhouder of het lid persoonlijk een specifieke zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden. Ter zake van uitsluitend afgeleide schade moet in beginsel het bestuur van de rechtspersoon een vordering instellen. Ik heb echter betoogd dat – ingeval van een weigerachtig bestuur – het rechtspersonenrecht niet steeds voldoende waarborgen biedt dat er alsnog een vordering tot vergoeding van de schade namens de vennootschap wordt ingesteld, en, waar deze waarborgen er wel zijn, dit processueel omslachtig is. Dit is met name het geval indien er sprake is van een disfunctioneren van de organen binnen de rechtspersoon door bijv. een weigerachtige meerderheid dan wel door het bestaan van een patstelling in de besluitvorming.

In literatuur is onderzocht of met het oog daarop ook in Nederland een afgeleide actie moet worden geïntroduceerd. De vraag is echter of het creëren van een nieuw rechtsmiddel daartoe de meest geëigende weg is. Inmiddels is immers gebleken dat ook het enquêterecht een functie in dit verband kan vervullen door al dan niet bij wijze van voorlopige voorziening maatregelen te nemen die ertoe leiden dat er alsnog namens de vennootschap een actie jegens de derde kan worden ingesteld (bijv. een beroep op niet gebondenheid van de vennootschap dan wel een vordering tot schadevergoeding). Deze oplossing zou er echter toe kunnen leiden dat ten aanzien van een en hetzelfde geschil bij twee verschillende rechterlijke instanties wordt geprocedeerd, waarvan de rechtsgang bepaald verschillend van karakter is. Daar staat tegenover dat de enquêterechter vrij snel uitspraak kan doen, hetgeen in het geval van een afgeleide actie gezien het feit dat hier gaat om een dagvaardingsprocedure in de regel niet het geval is.

Een keuze voor het gebruik van het enquêterecht in deze – en derhalve tegen de introductie van een afgeleide actie – roept wel andere vragen op die beantwoording behoeven, zoals:

1. heeft de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure de bevoegdheid om bij wijze van voorziening rechtstreeks in te grijpen in reeds bestaande rechtsverhoudingen van de vennootschap tot derden, en zo ja, voldoet de enquêteprocedure dan aan de eisen van art. 6 EVRM gezien EHRM 19 maart 2002, *JOR* 2002/127 (Textlite)? Is de behandeling in één feitelijke instantie daartoe voldoende?
2. zo, nee? Is de burgerlijke rechter gebonden aan de bevindingen en de informatie zoals deze naar voren komt uit de enquête, en zo ja, ook als deze niet heeft geleid tot benoeming van enquêteurs?
3. zo, nee? Leidt de toepassing van mede door het enquêterecht gevormde regels van corporate governance er in alle gevallen toe dat er alsnog de mogelijkheid ontstaat dat namens de vennootschap een actie jegens de derde wordt ingesteld?

De lijst is makkelijk aan te vullen. Wat de casus Van Geest Beheer duidelijk maakt, is dat er behoefte is aan een herijking van de wijze waarop ondernemingsrechtelijke geschillen worden opgelost. Daarbij zou mijns inziens specifiek aandacht moeten worden geschonken aan de aard van de in de rechtspersoon geïncorporeerde samenwerking, en een mogelijke samenloop van verschillende gerechtelijke procedures. In het bijzonder de wettelijke geschillenregeling – die hierboven niet aan bod kwam omdat zij geen oplossing bood voor Van der Hout – biedt geen mogelijkheden dat ‘dissenting’ aandeelhouders snel en efficiënt ieder hun eigen weg kunnen gaan, nog afgezien van het feit dat deze niet in alle gevallen een oplossing kan bieden. Daarmee neemt het belang van de Ondernemingskamer als conflictoplosser ook in besloten verhoudingen toe en dreigt de wettelijke geschillenregeling een dode letter te worden.